

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP8592-2023

Radicación n° 132312

Acta No 157

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por Gulfan Herney Sossa Noreña, respecto del fallo proferido el 17 de julio del año en curso por la Sala de Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en virtud del cual declaró improcedente la solicitud de amparo impetrada en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de esa entidad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, unidad familiar, estabilidad laboral y mínimo vital.

Al presente trámite fueron vinculados los Directores del Cuerpo Técnico de Investigación de las Seccionales Medellín y Guaviare.

ANTECEDENTES Y DEMANDA

Los hechos que dieron origen a la presente acción constitucional fueron sintetizados por el A quo de la siguiente manera:

«Manifiesta el accionante que, es TÉCNICO INVESTIGADOR II, adscrito a la DIRECCIÓN DEL

CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN CTI SECCIONAL DE POLICÍA JUDICIAL – CON SEDE EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN, donde tiene actualmente su residencia.

Explica que, el del 31 de Marzo de 2023, la Dirección Ejecutiva Nacional, de la Fiscalía General de la Nación, presidida por la doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO, a petición del Director del Cuerpo Técnico de Investigación del CTI, expidió la Resolución Nro. 2139, mediante la cual resuelve reubicar su cargo de la Dirección del Cuerpo Técnico de Investigación CTI Seccional De Policía Judicial – Medellín, donde se encuentra nombrado y radicado, a la Dirección Del Cuerpo Técnico De Investigación C.T.I. Seccional de Policía Judicial –Departamento del Guaviare, sin ninguna motivación, simplemente le aducen que es por necesidad del servicio, a lo cual el accionante no está de acuerdo con la decisión argumentando que cuenta con necesidades particulares que no le tuvieron en cuenta.

Indica que mediante escrito del 28 de abril de 2023 presentó recurso de reposición a la resolución citada la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución 4592 del 26 de junio de 2023, en dicho recurso como requisito de procedibilidad solicitó revocar o reconsiderar su traslado dejándolo en la ciudad de Medellín donde tiene su arraigo familiar y su residencia, para lo cual argumentó faltas al debido proceso por parte de la institución al emitir ese acto administrativo.

Aduce que su empleador le está vulnerando su derechos fundamentales, ya que interpuso el recurso de reposición, para que estudiaran la posibilidad de reversar la decisión, porque particularmente ha demostrado que tiene muchos inconvenientes de tipo familiar y económico, los cuales le impiden cumplir con ese traslado, a una zona distante de Medellín, como son 807 kilómetros, donde solo se puede acceder vía aérea, con unos costos altísimos, que son imposibles, que pueda sufragar, máxime con el salario que devenga en la actualidad. [SIC]

Expone que es cabeza de hogar, ya que su cónyuge, hijo y su madre dependen económica,

emocional, recreacional y educativamente de él.

Exhibe que, con respecto a las necesidades del servicio, en la resolución de traslado, solo se hace mención a esta frase “necesidades del servicio”, pero nunca se mencionan, cuáles son esas necesidades, siempre y cuando no afecten al empleado trasladado. en estos casos se deben acoger los planteamientos del decreto 1083 de 2015, único reglamentario del sector de la función pública, que compiló las disposiciones normativas relacionadas con la administración del personal al servicio del estado, entre ellas las del traslado, que venían del decreto 1950 de 1973. su desarrollo puede encontrarse en los artículos 2.2.5.9.2 al 2.2.5.9.6 del citado decreto único reglamentario.»

De ese modo, el demandante en tutela fijó sus pretensiones en los siguientes términos:

«TUTELAR a mi favor los Derechos Constitucionales Fundamentales invocados, toda vez que me están vulnerando los derechos AL DEBIDO PROCESO, AL TRABAJO, A LA DIGNIDAD, AL MINIMO VITAL, LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, LA SEGURIDAD PERSONAL, LA VIDA, LA SALUD, A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, ENTRE OTROS, ORDENÁNDOLE a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, que NO SE LE DE VALIDEZ Y SEA REVOCADA la Resolución No. 2139 del 31 DE MARZO DE 2023, mediante la cual se me traslada de la DIRECCIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN CTI SECCIONAL DE POLICÍA JUDICIAL – MEDELLÍN, donde me encuentro nombrado y radicado, a la DIRECCIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN C.T.I. SECCIONAL DE POLICÍA JUDICIAL – DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, y me sean restablecidos mis derechos laborales, en la DIRECCIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN CTI SECCIONAL DE POLICÍA JUDICIAL – CON SEDE EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN.» [SIC]

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por Gulfan Herney Sossa Noreña tras estimar que, por una parte, su traslado

obedeció a un acto potestativo ejercido por su empleador, mismo del que no se puede predicar ninguna afectación de derechos fundamentales, en la medida que su condición laboral no fue desmejorada y tampoco se está ante un acto de desvinculación laboral. Asimismo, adujo que dicho traslado no obedece a una decisión intempestiva, pues la misma data del mes de marzo de 2023, sin que hasta la fecha de emisión de esa decisión constitucional, se hubiera hecho efectivo.

Por otro lado, tras descartar una afectación de derechos que justifique la excepcional intervención del juez constitucional, el A quo señaló que la temática acá propuesta debe ser puesta a consideración de la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el agotamiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa que, al ser idóneo para discutir su inconformidad, hace que la tutela resulte improcedente, dada su condición residual.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Gulfan Herney Sossa Noreña presentó un extenso escrito donde reiteró los argumentos del libelo introductorio, haciendo énfasis en el hecho de que su economía y, por tanto, su mínimo vital, sí se vería afectado con la orden de traslado, pues tendrían la obligación de mantener una casa en Medellín -donde vive su familia- y otra en el departamento del Guaviare, además de tener que asumir elevados costos de traslado para poder visitar a su familia.

Agregó que, si bien es cierto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podría ser la vía jurídica ordinaria para discutir su situación, no menos lo es que un proceso de esa naturaleza es muy demorado, aspecto que le causaría un perjuicio en la medida que es su menester se suspenda de manera inmediata el referido traslado laboral.

CONSIDERACIONES

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de la cual esta Sala es superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el A quo acertó al declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, ello tras determinar que, por una parte, el acto de traslado del cual se queja el actor, no comporta una afectación de derechos fundamentales en virtud de la cual se habilite la excepcional intervención del juez constitucional y, de otra, por cuanto no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, pues el demandante en tutela tiene a su disposición la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, en uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. De la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto.

«En ese sentido, no puede perderse de vista que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, es causal de improcedencia de la acción de tutela la disponibilidad de “otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella [la tutela] se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

En consonancia con lo anterior, este Tribunal ha señalado que, en materia de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricta, pues se entiende que, como regla general, el mecanismo constitucional se torna improcedente, bajo el presupuesto de que los ciudadanos cuentan con los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El establecimiento de la anterior regla de procedencia tiene como fundamento esencialmente la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, que a su vez redundan en el reconocimiento de la validez de los mismos hasta tanto no exista prueba de su ilicitud, caso en el cual el interesado podría, en ejercicio del derecho de postulación, acudir ante la justicia especializada a la que se ha venido haciendo alusión, en tanto escenario natural para la valoración jurídica de las manifestaciones de voluntad de la administración.»

No obstante lo anterior, la jurisprudencia -CSJ STP15858-2018; CSJ STP2048-2020 entre otros- ha sostenido que, tratándose de actos administrativos donde se dispone el traslado de un trabajador, el juez de tutela, de manera excepcional, puede llegar a intervenir respecto a la valoración del mismo en aquellos eventos donde logre evidenciar que la orden de traslado fue producto de un acto arbitrario del cual se desprenda una amenaza o vulneración a los derechos del empleado, pues en estos casos, resulta imperiosa su intervención a fin de conjurar tal situación.

Acorde con ello, la Corte Constitucional ha sostenido que la procedencia de una solicitud de amparo de esas características se ve supeditada al cumplimiento de alguno de los siguientes supuestos, descritos en las sentencias T-965 de 2000, T-1498 de 2000 y T-048 de 2013,

entre muchas otras:

«(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido;

(2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables;

(3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.» (C.C. T-965 de 2000, T-1498 de 2000 y T-048 de 2013 entre otras)

Pertinente es indicar que, en todo caso, resulta necesario que tales condiciones estén debidamente demostradas en el expediente por cuenta de quien pretende la protección constitucional, pues no toda afectación de orden familiar tiene relevancia constitucional, para que amerite la procedencia del amparo como mecanismo transitorio hasta que se ejercite la vía contenciosa administrativa¹.

5. Del *ius variandi*.

El *ius variandi* se constituye como una potestad en cabeza del empleador público o privado, que se concreta en la facultad de alterar las condiciones del trabajador en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo, respetando los derechos mínimos del mismo².

En virtud del mismo, la Fiscalía General de la Nación tiene la potestad de llevar a cabo la redistribución de los empleados pertenecientes a la plata de personal flexible y global que lo componen, de acuerdo con la necesidad del servicio.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que tal facultad no es absoluta, pues existen límites constitucionales que obligan a amparar condiciones laborales mínimas del trabajador. En ese orden, la aplicación del *ius variandi* exige que sea motivada y se justifique en la necesidad del servicio³.

Bajo la misma línea, se ha indicado que en aras de que la decisión de traslado no se torne desproporcionada, el empleador está en el deber de analizar las situaciones que tengan la capacidad de afectar al trabajador y a su familia. En ese orden, en sentencia T- 338 de 2013, el Tribunal constitucional adujo:

«La Corte Constitucional ha revisado, en varias ocasiones, casos en los cuales se evalúa la posible afectación de derechos fundamentales como consecuencia de un traslado laboral. El principio de decisión en esos eventos ha sido, además de evaluar las consecuencias directas a la persona que se ordena el traslado, tener en consideración las posibles afectaciones que, con base en el traslado, puedan derivarse para personas o sujetos de especial protección que dependan de este.»

Así las cosas, resulta palmario que el ejercicio del *ius variandi*, pese a constituirse como una facultad propia del empleador, no es absoluto y en su aplicación deben garantizarse los derechos mínimos del trabajador y su núcleo, en especial, las personas que dependan de éste.

6. Del caso concreto y la inobservancia del principio de subsidiariedad.

6.1. De acuerdo con las alegaciones consignadas tanto en el libelo introductorio como en el escrito de impugnación, se tiene que la inconformidad de Gulfan Herney Sossa Noreña radica en el hecho de que, con Resolución No. 2139 del 31 de marzo de 2023, la Dirección Ejecutiva Nacional de la Fiscalía General de la Nación dispuso su traslado, como Técnico Investigador II adscrito a la Dirección del CTI Medellín, a la Dirección del CTI del Guaviare, ello en razón a la necesidad del servicio. Contra esa decisión se promovió recurso de

reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable con la Resolución 4592 del 26 de junio de 2023.

Afirma el libelista que tal determinación, además de no contar con una debida fundamentación, lesiona sus derechos fundamentales por cuanto lo separa de su núcleo familiar, el cual ya se encuentra radicado en la capital antioqueña, y afecta su derecho al mínimo vital, pues lo obliga a incurrir en mayores gastos para sostener su familia en la ciudad de Medellín y hacer lo propio con él en el departamento del Guaviare, además de los costos que significa trasladarse de un lugar a otro constantemente para poder visitar a sus familiares.

6.2. Pues bien, de acuerdo con el anterior planteamiento y, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios allegados al expediente, encuentra la Sala que, como primera medida, en el presente evento no se colma con los presupuestos jurisprudenciales que habilitarían la excepcional intervención del juez constitucional a fin de revisar el acto administrativo de traslado que se cuestiona.

En efecto, se parte por advertir que el demandante en tutela nunca alegó y, por ende tampoco demostró, que el territorio a donde se dispuso su traslado pueda ofrecer algún riesgo a su salud, razón por la cual no resulta necesario recabar sobre este tema, como tampoco lo es valorar que una afectación de esa clase se pueda registrar en algún miembro de su familia, ya que como el mismo actor lo refiere, no existe intención de que su núcleo familiar se traslade junto a él, al departamento del Guaviare, luego se desestima que exista algún riesgo de afectación del referido derecho fundamental.

De otro lado, tampoco existe evidencia que la decisión de traslado fuera intempestiva, pues como bien lo acotó el A quo, al momento de la interposición de la presente acción constitucional -4 de julio de 2023-, ni siquiera se había materializado la mentada orden, de donde se desprende que no existe ningún afán desmesurado e injustificado por parte del

empleador, para lograr la pronta reubicación del funcionario, disposición esta que, además, no se advierte como arbitraria, en la medida que se justifica en «la necesidad del fortalecimiento de la policía judicial en la Sección de Policía Judicial -Guaviare, de acuerdo con la política criminal y direccionamiento estratégico del señor Fiscal General de la Nación.».

Por otra parte, no se observa que con la orden en cuestión se llegue a resquebrajar el núcleo familiar del actor, pues como él bien lo indica, existe la posibilidad de mantener una comunicación constante y la de realizar visitas mutuas si así lo estiman conveniente, además de que siempre subsistirá la opción, bien sea de que la familia se reubique en torno al señor Sossa Noreña, ora también que, con el paso del tiempo, éste solicite su traslado a la ciudad de Medellín.

Es de resaltar que, aun cuando el actor se duele del hecho de tener que separarse de su familia (de la cual no se tiene conocimiento sobre su composición en punto de establecer características especiales a considerar) con ocasión del traslado laboral del que fuera objeto, jamás indica, y tampoco demuestra, los motivos por los cuales, por ejemplo, su núcleo filial no puede cambiar de residencia junto a él, situación que de haber sido alegada invocando una causa justificada debidamente acreditada, sin lugar a dudas habría permitido al juez constitucional realizar juicios de valor sobre el acto de traslado, todo con el objetivo de proteger la unidad familiar.

En ese sentido, debe indicarse que la separación familiar en la cual funda su descontento el accionante, se puede percibir como transitoria y plenamente superable, de modo que si la misma se prolonga en el tiempo, es por factores ajenos al acto de traslado.

Finalmente, la Sala no advierte que el accionante hubiera acreditado que el acto de traslado esté poniendo en serio riesgo su vida e integridad, o la de algún miembro de su familia, pues más allá de los peligros que implica el normal ejercicio de la actividad a la cual se dedica,

no se pone de presente algún evento extraordinario que amerite una atención especial en punto de salvaguardar sus derechos fundamentales y los de su familia.

6.3. Descartada así la posibilidad de una intervención excepcional por parte del juez constitucional, la Sala encuentra que en el presente evento la solicitud de amparo se ofrece como improcedente, en la medida que el demandante en tutela no ha agotado todos los medios de defensa ordinarios puestos a su disposición para la efectiva protección de sus garantías.

Efectivamente, tal y como lo advirtiera el Tribunal de primer grado en su decisión, frente al cuestionamiento que presenta el demandante en tutela en contra de los actos administrativos que dispusieron su traslado como investigador del CTI en la Ciudad de Medellín, al departamento del Guaviare, los cuales acusa de afectar sus garantías constitucionales, no se verifica que este ciudadano hubiera acudido ante la jurisdicción Contencioso Administrativa a plantear tal discusión, ello atendiendo que son los jueces de esa jurisdicción quienes poseen la competencia para estudiar la legalidad de los referidos actos administrativos a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, donde todas las partes cuentan con la posibilidad de controvertir los argumentos de su opositor mediante la aducción de pruebas y la interposición de los recursos a que haya lugar.

Así, no basta entonces que tan solo hubiera agotado la interposición del recurso de reposición contra el acto administrativo cuestionado para acudir al uso del amparo constitucional, cuando le pervive al interesado otro medio de defensa judicial idóneo en virtud del cual puede obtener una valoración de su caso y, en consecuencia, un pronunciamiento sobre el particular.

En consecuencia, resulta manifiestamente improcedente que el Juez de tutela entre a realizar valoraciones de orden legal que le corresponden, en virtud de la ley, a otro

funcionario judicial, pues de hacerlo, estaría desconociendo su competencia y autonomía, al tiempo que, pondría en riesgo los derechos fundamentales de los demás sujetos procesales, quienes verían amenazada su prerrogativa fundamental del debido proceso.

6.4. Ahora bien, aceptar la solicitud del accionante, dando viabilidad a una de tutela contra actos administrativos, sería desconocer el carácter residual y subsidiario del mecanismo de amparo, lo cual podría estar habilitando a los ciudadanos para que opten por medios judiciales alternos cuando estimen que los ordinarios no les resultan ser lo suficientemente expeditos para ver satisfechos, de manera pronta, sus intereses.

Bajo ese entendido, no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente en su escrito de impugnación según el cual, no acude en uso de las acciones contenciosas administrativas dado lo demorado que, según él, puede resultar su resolución, pues esto sería tanto como arrebatarle a la acción de tutela su carácter residual para asignarle uno alternativo, situación que desnaturalizaría por completo la acción de amparo. Además, debe indicársele al accionante que las acciones contenciosas administrativas otorgan la posibilidad de que el demandante invoque la concesión de medidas cautelares desde el mismo instante que se presente el libelo introductorio, ello conforme lo establecido en los artículos 223, 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2014.

Así las cosas, oportuno resulta recordarle al recurrente que no es su potestad el seleccionar, según sea su conveniencia particular, los medios de defensa que desee activar, como si se tratara de una alternatividad que le permita acudir a uno u otros dependiendo de sus intereses, pues el legislador ha diseñado unas rutas procesales para discutir y solucionar los problemas jurídicos que surjan entre ciudadanos o entre estos y la administración, siendo obligatorio que los administrados los agoten antes de acudir a un medio de defensa tan excepcional como lo es la acción de tutela.

Abundante ha sido la jurisprudencia constitucional al precisar la improcedencia de la acción,

dado su carácter residual y subsidiario, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales aspectos, o cuando los mismos se han dejado de usar para suplantarlos con el uso de la tutela, de ahí que resulte ilegítimo que el libelista pretenda, por esta vía excepcional, alcanzar una declaración que, por motivos de competencia, únicamente le corresponde analizar y decidir a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa.

7. Finalmente, contrario a lo que estima el impugnante, no se evidencia que el acto de traslado del cual se duele pueda llegar a lesionar su derecho a un mínimo vital, ya que la consolidación de dicho acto no implica una mengua en sus ingresos económicos, los cuales se mantienen intactos por cuanto, el cargo a desempeñar en el departamento del Guaviare es el mismo que viene ejerciendo en la ciudad de Medellín.

Ahora bien, el hecho de que Gulfan Herney Sossa Noreña prevea que sus gastos mensuales pueden llegar a incrementarse con ocasión del cambio de su domicilio laboral, es un hecho que no le puede ser atribuido a la administración sino al mismo ciudadano, quien es el encargado de resolver la manera cómo afronta el aludido cambio y el responsable de organizar sus finanzas personales.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sala de Decisión de Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. CSJ STP10463 - 2017; CSJ STP923 - 2014, Rad. 71.279 y CSJ STP5720 - 2014.

3 CC- T- 338 de 2013.

4 Nuevo Código Contencioso Administrativo.